

Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	138
Publicatiedatum	19-05-2007
Afleveringsnummer	6711
Titel	De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap
Auteurs	Mr. A. Steneker, Universitair docent burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen.
Samenvatting	Kan de notaris een bij vergissing aan een cliënt betaald én gefactureerd bedrag terugvorderen op grond van onverschuldigde betaling?
Paginanummers	482-485
Rubriek	Artikel



WPNR 2007(6711) De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap

De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap

www.notarielestichting.nl

Onverschuldigde betaling door de notaris

1. Inleiding

De betaling van de koopprijs van een onroerende zaak loopt normaal gesproken via de notaris. Een eenvoudig voorbeeld: de koper betaalt de koopprijs vóór de overdracht aan de notaris, de notaris maakt ná de overdracht een nota op voor de verkoper en betaalt overeenkomstig die nota de koopprijs aan de verkoper. Als alles goed gaat een mooi systeem, maar waar gehakt wordt, vallen spaanders.

Als de notaris een bedrag in de nota vermeldt en aan de verkoper betaalt dat *lager* is dan het bedrag dat de notaris van de koper heeft ontvangen, heeft de verkoper dan nog recht op het te weinig betaalde? Antwoord: ja, vanzelfsprekend. Als het erop aankomt, heeft de verkoper niet zozeer recht op het in de nota van de notaris vermelde bedrag, maar op het ten behoeve van hem op de rekening van de notaris staande bedrag. Voor het geval dat hierover nog twijfel mocht bestaan, bepaalt art. 25 lid 4 Wet op het notarisambt (Wn) dit met zoveel woorden.

Als de notaris een bedrag in de nota vermeldt en aan de verkoper betaalt dat *hoger* is dan het bedrag dat hij van de koper heeft ontvangen, kan de notaris het teveel betaalde dan van de verkoper terugvorderen? Over deze vraag sprak de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem zich op 10 mei 2006 uit.[\[noot:1\]](#) De uitkomst is verrassend.

2. Rb. Arnhem 10 mei 2006 (Pfeiffer c.s./ Westermeijer)

In de zaak die leidde tot dit vonnis waren onroerende zaken verkocht en geleverd aan Westermeijer. Op de dag van overdracht aan Westermeijer, werd een aantal van deze onroerende zaken door Westermeijer overgedragen aan Phaedra. De overige onroerende

zaken werden door Westermeijer overgedragen aan Swinkels c.s., die door Phaedra (bevoegdelijk) waren aangewezen als nader te noemen meesters.

De door Swinkels c.s. verschuldigde koopprijs bedroeg € 8.900.000,-. Hierover zouden Swinkels c.s. normaal gesproken € 534.000,- (6%) overdrachtsbelasting moeten betalen. Omdat de overdracht plaatsvond binnen zes maanden na een vorige overdracht, was echter ingevolge art. 13 lid 1 Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR) slechts overdrachtsbelasting verschuldigd over het (gedeelte van het) bedrag waarover niet al bij de vorige overdracht overdrachtsbelasting verschuldigd was. Vaak is de koopsom bij de tweede overdracht hoger dan de koopsom bij de eerste overdracht. Het bespaarde bedrag is dan gelijk aan de verschuldigde overdrachtsbelasting in de eerste overdracht. Er dient dan nog overdrachtsbelasting te worden betaald over het meerdere. In dit geval was de koopsom bij de tweede overdracht lager dan de koopsom bij de eerste overdracht. Er wordt dan bij de tweede overdracht een bedrag ter grootte van 6% van het lagere bedrag aan overdrachtsbelasting bespaard. Bij de tweede overdracht is dan geen overdrachtsbelasting verschuldigd. Het is gebruikelijk dat de koper zich verbindt om het op grond van art. 13 lid 1 WBR bespaarde bedrag te betalen aan de verkoper.

In het onderhavige geval is bij de verkrijging door Westermeijer € 653.529,- overdrachtsbelasting verschuldigd, en wordt bij de verkrijging door Swinkels c.s. € 534.000,- aan overdrachtsbelasting bespaard. Overeengekomen wordt dat Swinkels c.s. het bespaarde bedrag bovenop de koopsom aan Westermeijer moeten betalen (via de notaris). De notaris stuurt aan Swinkels c.s. een nota, waarin staat dat zij de koopprijs vermeerderd met € 534.000,- moeten betalen. Deze bedragen worden door Swinkels c.s. op de kwaliteitsrekening van de notaris overgemaakt. De notaris vergist zich vervolgens bij de uitbetaling aan Westermeijer. Hij vermeldt op de nota die hij stuurt aan Westermeijer, dat Westermeijer de koopprijs vermeerderd met € 653.529,- zal ontvangen. De notaris maakt overeenkomstig deze nota de koopprijs +

€ 653.529,- over op de rekening van Westermeijer. Nadat de notaris zijn vergissing heeft ontdekt, heeft hij overeenkomstig art. 25 lid 3 Wn, tweede zin, het door de vergissing ontstane tekort op de kwaliteitsrekening aangevuld. In het onderhavige geding vordert hij van Westermeijer € 119.529,- terug op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW).

3. Voorwaarden voor betaling

De voorzieningenrechter beziet de beoordeling van deze zaak vanuit twee perspectieven (r.o. 4.4. e.v.), aangeduid als het perspectief van de kwaliteitsrekening en het perspectief van de opdracht. Vanuit het eerste perspectief overweegt hij dat de koper door bijschrijving van de koopsom en het bedrag aan bespaarde overdrachtsbelasting op de rekening van de notaris, een voorwaardelijke aanspraak krijgt op die bedragen, namelijk onder de opschortende voorwaarde dat de levering niet doorgaat als gevolg van een voor rekening van de verkoper komende oorzaak. Ook de verkoper krijgt vanaf het moment van bijschrijving van de genoemde bedragen een voorwaardelijke aanspraak op die bedragen, namelijk onder de opschortende voorwaarde dat de levering wél slaagt.

De voorzieningenrechter overweegt vervolgens dat het recht van de verkoper op betaling van de bedragen onvoorwaardelijk is geworden op het moment van voltooiing van de levering. Strikt genomen zou men misschien moeten zeggen dat de verkoper pas een onvoorwaardelijke, of in ieder geval pas een opeisbare vordering heeft vanaf het moment dat

bij de narecherche door de notaris blijkt van een geslaagde levering. De voorzieningenrechter rondt dit eerste perspectief af door te overwegen dat de verkoper nu onvoorwaardelijk recht heeft op betaling van de door de koper betaalde bedragen, en dat, nu de notaris méér heeft uitbetaald, het teveel betaalde door de notaris kan worden teruggevorderd op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW).

De hiervóór beschreven beoordeling lijkt mij juist. Het is fraai dat een rechter nu eens onomwonden beschrijft welke aanspraken de koper én de verkoper hebben op uitbetaling van de koopprijs en andere bedragen, vanaf het moment dat die bedragen door de koper (of diens financier) worden bijgeschreven op de kwaliteitsrekening van de notaris. Vaak wordt in soortgelijke gevallen geoordeeld dat de koper vanaf het moment van bijschrijving een vordering heeft onder *ontbindende* voorwaarde van een geslaagde levering en de verkoper een vordering onder *opschortende* voorwaarde van een geslaagde levering. Dat zou echter betekenen dat de koper tot aan het moment van voltooiing van de levering het betaalde bedrag zou kunnen terugvorderen van de notaris, hetgeen mij onjuist en onwenselijk voorkomt. Behoudens bijzondere omstandigheden zullen partijen hebben bedoeld dat zowel de koper als de verkoper slechts onder opschortende voorwaarde betaling kunnen vorderen.[\[noot:2\]](#)

4. Rechtsgrond voor betaling

Het hiervóór besproken perspectief is volgens de voorzieningenrechter echter te beperkt (r.o. 4.10 e.v.). De notaris is behalve kwaliteitsrekeninghouder namelijk ook opdrachtnemer. In die hoedanigheid komt de notaris bij doorbetaling van de ontvangen gelden een eigen verplichting na, die voortvloeit uit de door hem aanvaarde opdracht. Het doen van rekening maakt onderdeel uit van deze opdracht. Tot zover kan ook dit tweede perspectief van de voorzieningenrechter worden gevolgd.

De voorzieningenrechter trekt hieruit echter de conclusie dat de nota van afrekening, als uitvloeisel van de overeenkomst van opdracht, de rechtsgrond vormt voor betaling. ‘Is de betaling conform de rekening, dan is zij niet zonder rechtsgrond verricht’, aldus de voorzieningenrechter. Dit brengt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat, omdat de nota van afrekening het bedrag van € 653.529,- vermeldt, de betaling van dat bedrag niet zonder rechtsgrond is geschied en dus niet op grond van onverschuldigde betaling kan worden teruggevorderd.

Deze redenering is volgens mij onjuist. De notaris heeft weliswaar een eigen betalingsverplichting jegens de verkoper, maar krachtens deze verplichting is hij in beginsel slechts het voor de verkoper bestemde bedrag verschuldigd dat hij van de koper heeft ontvangen. Dit wordt niet anders wanneer de notaris jegens de verkoper anders verklaart, en ook niet wanneer hij aan de verkoper een ander bedrag betaalt. Als de notaris te weinig betaalt, is hij het meerdere nog steeds verschuldigd. Als de notaris teveel betaalt, is het teveel betaalde onverschuldigd betaald.

Hoeveel de notaris aan de verkoper verschuldigd is, wordt dus bepaald door het bedrag dat de koper verschuldigd was en aan de notaris heeft betaald, en niet door het bedrag dat de notaris aan de verkoper verschuldigd verklaart te zijn. Wanneer daarvan wordt uitgegaan, is de vraag dus niet aan de orde of de rechtsgrond die zou worden gevormd door de verklaring van de notaris, rechtstreeks op grond van art. 3:33 BW geldig is, of tot stand komt met toepassing van art. 3:35 BW (gerechtvaardigd vertrouwen), zoals in het onderhavige geval door de verkoper werd gesteld en door de voorzieningenrechter werd toegewezen.

5. Vergelijking met derdenbeslag

Met betrekking tot de vraag of de verklaring van de notaris een rechtsgrond voor betaling oplevert, kan een vergelijking worden gemaakt met de verklaring die moet worden afgelegd door een derde-beslagene. Wanneer een schuldeiser beslag legt op een vordering van zijn schuldenaar op een derde, is de derde op grond van art. 476a lid 1 Rv verplicht te verklaren hoeveel hij aan de geëxecuteerde schuldig is. Op grond van art. 477 lid 1 Rv is de derde-beslagene verplicht de volgens deze verklaring verschuldigde geldsommen aan de deurwaarder te voldoen. De derde-beslagene en de notaris hebben in dit geval gemeen dat zij beiden verplicht zijn - de derde-beslagene op grond van de wet en de notaris op grond van de overeenkomst van opdracht - om een juiste verklaring af te leggen en om te betalen aan respectievelijk de deurwaarder en de verkoper.

Onlangs heeft de Hoge Raad nogmaals, in lijn met het arrest De Jong/Carnifour, bevestigd dat de in art. 477 lid 1 Rv neergelegde verplichting van de derde-beslagene om de volgens de afgelegde verklaring verschuldigde geldsommen aan de deurwaarder te voldoen, niet de rechtsgrond vormt voor die betaling, ook niet wanneer die verklaring berust op een vergissing en de derde-beslagene niets, dan wel minder dan hij verklaarde, aan de geëxecuteerde schuldig is.[\[noot:3\]](#) Volgens de Hoge Raad hoeft de derdebeslagene in beginsel niet méér aan de deurwaarder te voldoen dan hij aan de geëxecuteerde schuldig was. Dit brengt volgens de Hoge Raad ook mee dat hetgeen in art. 3:35 (en 3:36) BW is bepaald, niet in aanmerking komt voor toepassing op een verklaring als bedoeld in art. 476a Rv.

Ook de derde-beslagene kan dus, wanneer hij teveel aan de deurwaarder betaalt, het teveel betaalde in beginsel op grond van onverschuldigde betaling terugvorderen, ook wanneer hij het betaalde bedrag verklaarde schuldig te zijn. Overigens speelt in het kader van derdenbeslag een discussie over de vraag van wie de derde-beslagene het teveel betaalde terug kan vorderen en *tot welk moment* hij dat kan doen. De bijzondere omstandigheden die tot deze discussie aanleiding geven (namelijk dat de derdebeslagene niet aan de beslaglegger moet betalen, maar aan de deurwaarder en dat de deurwaarder de ontvangen gelden op een later moment doorbetaalt), doen zich bij de notaris die gelden aan een cliënt betaalt, niet voor.[\[noot:4\]](#)

6. Schadevergoeding

Het door de notaris aan de verkoper betaalde en met zijn foutieve verklaring overeenstemmende bedrag, is dus onverschuldigd betaald. Dit laat onverlet dat de notaris jegens de verkoper uit hoofde van de overeenkomst van opdracht de verplichting had een juiste nota van afrekening op te stellen en het juiste bedrag aan de verkoper te voldoen. Nu hij dit niet heeft gedaan, is hij tekortgeschoten in de nakoming van die verbintenis. De notaris is aldus op grond van art. 6:74 lid 1 BW verplicht de schade te vergoeden die de verkoper door de tekortkoming heeft geleden.

Ook hier dringt de vergelijking met derdenbeslag zich op. Ook de derde-beslagene wiens verklaring en betaling een hoger bedrag betreffen dan hij in werkelijkheid aan de geëxecuteerde schuldig was, heeft het meerdere weliswaar onverschuldigd betaald, maar is ook, als aan de vereisten daarvoor is voldaan, schadeplichtig. Door de Hoge Raad wordt aangenomen dat de derde-beslagene in dat geval schadeplichtig is op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).[\[noot:5\]](#) Naar mijn mening levert het afleggen van een onjuiste verklaring door de derde-beslagene echter een tekortkoming op in de nakoming van

de verbintenis die op grond van art. 476a en 477 Rv op de derde-beslagene rust (art. 6:74 BW). Dit maakt een belangrijk verschil voor de verdeling van de bewijslast. De toerekenbaarheid van een onrechtmatige daad zou moeten worden bewezen door de beslaglegger, de niet-toerekenbaarheid van een tekortkoming door de derde-beslagene.[\[noot:6\]](#)

Zowel de notaris als de derde-beslagene zijn dus, wanneer aan de vereisten daarvoor is voldaan, verplicht de schade te vergoeden die is ontstaan door het afleggen van een verkeerde verklaring en het betalen overeenkomstig die verklaring. In het geval van derdenbeslag kan die schade zijn ontstaan doordat de beslaglegger ervan is uitgegaan dat de verklaring juist was en daarom andere, inmiddels verloren gegane verhaalsmogelijkheden niet heeft benut.[\[noot:7\]](#) De schade die de cliënt van de notaris lijdt als gevolg van de tekortkoming van de notaris, zal (nog) lastiger vast te stellen zijn. In ieder geval kan de hoogte van het schadebedrag zeker niet zonder meer worden gelijkgesteld met de hoogte van het onverschuldigd betaalde bedrag.

7. Conclusie

De door een notaris opgemaakte nota van afrekening vormt geen rechtsgrond voor betaling van het in die nota genoemde bedrag aan de cliënt. De notaris is aan de verkoper van een onroerende zaak niet het in de nota van afrekening genoemde bedrag verschuldigd, maar het van de koper ontvangen en voor de verkoper bestemde bedrag. Wanneer de notaris aldus teveel aan de verkoper betaalt, kan het teveel betaalde op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) van de verkoper worden teruggevorderd. De notaris hoeft zich er niet op te beroepen dat zijn wil niet overeenstemde met zijn verklaring in de nota van afrekening (art. 3:33 BW) en de verkoper kan zich er niet op beroepen dat hij gerechtvaardigd op de verklaring van de notaris heeft vertrouwd (art. 3:35 BW).

Het opmaken van een verkeerde nota van afrekening en het betalen van een te hoog bedrag levert wel een tekortkoming op van de notaris. De notaris is verplicht de schade die de verkoper hierdoor lijdt, te vergoeden (art. 6:74 BW). De bewijslast ten aanzien van de niet-toerekenbaarheid van deze tekortkoming ligt bij de notaris. De verkoper heeft op deze grond alleen recht op vergoeding van de door hem geleden schade. De hoogte van de schadevergoeding staat in beginsel los van de hoogte van het onverschuldigd betaalde bedrag.

[\[1\]](#)

Rb. Arnhem 10 mei 2006, LJN AY0415, zaaknr. 138994, rolnr. KG ZA 06-203.

[\[2\]](#)

Zie hierover meer uitgebreid (met verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie) A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, § 2.2.2 en 2.3.1.

[\[3\]](#)

HR 24 november 2006, JOR 2007/26 (FIC/Van Lieshout); en HR 30 november 2001, JOR 2002/23 (De Jong/Carnifour).

[\[4\]](#)

Zie over de genoemde vragen bij derdenbeslag S.E. Bartels, De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 163-169.

[\[5\]](#)

HR 30 november 2001, JOR 2002/23 (De Jong/Carnifour), r.o. 3.3.2. Evenzo A.J. Verdaas, noot bij HR 24 november 2006, JOR 2007/26 (FIC/Van Lieshout), onder 4.

[\[6\]](#)

Vgl. J.J. van Hees, noot HR 30 november 2001, JOR 2002/23 (De Jong/Carnifour), onder 5.

[\[7\]](#)

Vgl. J.J. van Hees, noot HR 30 november 2001, JOR 2002/23 (De Jong/Carnifour), onder 6.